بسم الله الرحمن الرحيم

جمهورية العراق
المحكمة الاتحادية العليا

كۆماری عیراق
دادگای باڵای ئیتیحادی

العدد: ٢٣٠/اتحادية/٢٠٢٢

تشكلت المحكمة الاتحادية العليا بتأريخ ٢٠٢٢/١١/٣٠ برئاسة القاضي السيد جاسم محمد عبود وعضوية القضاة السادة غالب عامر شنين وحيدر جابر عبد وحيدر علي نوري وخلف احمد رجب وايوب عباس صالح وعبد الرحمن سليمان علي وديار محمد علي ومنذر ابراهيم حسين المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

الطاعن بعدم الدستورية: محكمة الأحوال الشخصية في حلبجة

التابعة الى رئاسة محكمة استئناف منطقة السليمانية.

النص المطعون بعدم دستوريته: المادة الثامنة عشر من قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ (قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كوردستان العراق).

خلاصة الطعن:

ورد الى المحكمة الاتحادية العليا كتاب ممثلية حكومة إقليم كوردستان في بغداد/ المديرية العامة لشؤون العلاقات والمتابعة بالعدد (٢٠٣٠٣ في ٢٠٢٢/٩/٢٧) ومرفقه كتاب مجلس القضاء لإقليم كوردستان/ مديرية العلاقات والشؤون القانونية بالعدد (٢٢٥١ في ٢٠٢٢/٨/٧) المرسل بموجبه لائحة الطعن المقدمة الى هذه المحكمة من قاضي محكمة الأحوال الشخصية في حلبجة التابعة الى رئاسة محكمة استئناف منطقة السليمانية بالعدد (٥٧١ في ٢٠٢١/٨/٢٣) بناء على المطالعة المقدمة اليها من عضو الادعاء العام فيها المرقمة (٢٠٢١/٢٧ المؤرخة ٢٠٢١/٧/٢٦) بخصوص مخالفة المادة (الأربعون/ ٥) من قانون الأحوال الشخصية المعدلة بقانون رقم (١٥ لسنة ٢٠٠٨ لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٢/ أولاً/ أ) منه وكونه

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب –٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء وذلك استناداً الى أحكام المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ والمادة (٤/ اولاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا المعدل وقد تضمنت لائحة الطعن ما يلي ((أصدر المجلس الوطني لكوردستان – العراق (البرلمان حالياً) الموقر قانوناً برقم (١٥ لسنة ٢٠٠٨) وفي مادته الثامنة عشر، المعدلة للفقرة (الخامسة) من المادة (الأربعين) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، التي نصت على أنه (يوقف العمل بالفقرة (٥) من المادة الأربعين من القانون ويحل محلها ما يلي: ٥- اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية يحق للزوجة الأولى طلب التفريق)، وترى هذه المحكمة أن النص المذكور لا سند له في الشريعة الإسلامية الغراء، إذ لا يوجد رأياً فقهياً في المذاهب الإسلامية، يؤيد حق الزوجة في طلب التفريق بمجرد زواج زوجها من زوجة ثانية، ولذا يفقد النص دستوريته لمخالفته أحكام الشرع)) وعلى أساس ما تقدم طلبت محكمة الأحوال الشخصية في حلبجة من هذه المحكمة البت بدستورية النص المذكور.

القرار:

لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا، اتضح أن الطعن بعدم الدستورية ينصب على أحكام المادة (الثامنة عشر) من قانون رقم ((١٥ لسنة ٢٠٠٨ ـ قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كوردستان العراق))، المعدلة للفقرة (الخامسة) من المادة (الأربعين) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، حيث نصت المادة محل الطعن على ((يوقف العمل بالفقرة (٥) من المادة الأربعين من القانون ويحل محلها ما يلي: ٥- اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية يحق للزوجة الأولى طلب التفريق))، على أساس مخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وعدم وجود رأي فقهي

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب -٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

في المذاهب الإسلامية يؤيد ما جاء فيها مما يفقد النص دستوريته لمخالفته أحكام الشرع، وتجد المحكمة الاتحادية العليا ما يلي:

أولاً: الزواج رابطة بين رجل وامرأة لها طبيعة خاصة تختلف عن أي رابطة أخرى يتولاها الإنسان في حياته إذ يترتب على هذه الرابطة منذ انعقادها وضعاً جديداً لطرفيها وأنها قديمة بقدم تاريخ الإنسانية إذ قال سبحانه وتعالى في كتابه العزيز مخاطباً آدم عليه السلام (وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا) ـ سورة البقرة ـ الآية (٣٥)، وقال تعالى (وَيَا آدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ فَكُلَا مِنْ حَيْثُ شِئْتُمَا) ـ سورة الأعراف ـ الآية (١٩)، إذ جاءت الشرائع السماوية والشريعة الإسلامية بصورة خاصة لغرض رفع الحرج عن الناس ودفع الضرر عنهم وتحقيق مصالح العباد ولإصلاح شؤونهم في العاجل والآجل، وامتازت الشريعة الإسلامية ببيان العلل والأسباب والأحكام والغايات الكامنة وراء كل حكم شرعي سواء أكان ذلك في العبادات أم في المعاملات وسواء تعلق ذلك بالسلوك الإنساني الفردي أو الجماعي، فالفعل إن خلا من مقصده وغايته يكون عبثاً والله سبحانه وتعالى منزه عن ذلك قال تعالى (وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ) ـ سورة الأنبياء ـ الآية (١٦)، وقال تعالى (أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ) سورة المؤمنون ـ الآية (١١٥)، وعندما يتيقن الإنسان من صلاح وسلامة شريعته وجب عليه أن يجهد نفسه في تطبيقها والعمل بموجبها. ولقد شرع الإسلام الزواج ووضع له نظاماً محكماً يقوم على مجموعة من الأحكام الشرعية الغاية منها صيانة المجتمع وسعادة الأسرة وانتشار الفضيلة وحفظ الأخلاق وبقاء النوع الإنساني إذ إن الحاجة الفطرية بين الرجل والمرأة أوجبت وجود ارتباط بينهما يقوم على المودة والرحمة والشفقة. والنكاح الذي هو بمعنى الزواج يعني الضم والاقتران ومعنى كلا اللفظين في الاصطلاح عبارة عن عقد يقيد حق انفراد الرجل بالاستمتاع بالمرأة التي تدخل تحت عصمته بالعقد ويقيد حق تمتعها هي به وحده فقط. ولأهمية عقد الزواج فقد تناولت الشريعة الإسلامية أحكامه بالتفصيل وفقاً لما جاء في القرآن الكريم

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب –٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

والسنة النبوية الشريفة باعتباره الأساس في تكوين الأسرة والمجتمع وآية من آيات الله إذ قال تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) ـ سورة الروم ـ الآية (٢١)، وقال عز وجل (وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً) ـ سورة النحل ـ الآية (٧٢)، وقال تعالى ((وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (٣٢) وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحاً حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ)) ـ سورة النور ـ الآية (٣٣)، وقال رسول الله (ص) كما جاء في بحار الأنوار (من تزوج فقد أحرز نصف دينه فليتق الله في النصف الباقي)، وقال (ص) (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطعها فليدمن الصوم فإنه له وجاء)، وقال (ص) (النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني). وتنظر الشرائع السماوية إلى أن عدم الزواج وضع غير طبيعي وغير سوي للرجل والمرأة إذ ذهب فقهاء اليهود إلى أن الزواج واجب وإن بقاء اليهودي أو اليهودية في العزوبة أمراً منافياً للدين وكذلك الحال بالنسبة للديانة المسيحية إذ أباحت الرهبنة للجميع رجالاً ونساءً ولكن يعد ذلك غير ممكن بالنسبة لغير المتزوجين والأرامل إذا لم يضبطوا أنفسهم لأن الزواج بالنسبة لهم أصلح من الغرق فيما ينافي الدين. وذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن الزواج يحتمل الأحكام الشرعية الخمسة (الوجوب والندب، والكراهَة والتحريم، والإباحة) فليس للزواج حُكماً واحداً مطرداً يطبق على جميع المكلفين ولكن لكل إنسان حُكماً خاصاً به بحسب الظروف المحيطة به سواء أكانت مالية هذه الظروف، أم بدنية أو خلقية. وإن الأصل فيه أنه مستحب غير واجب للرجال والنساء ولكنه يصبح واجباً عندما يكون الإنسان قادراً على الزواج مالياً وبدنياً ولا يأمن على نفسه من الوقوع في الزنا، والرجل الذي ليس لديه مال لنفقة الزوجة أو أنه يعرف نفسه لا يستطيع معاشرتها بالمعروف يُحرم عليه الزواج، ويكون مكروهاً للرجل الذي لديه مال للإنفاق ولا يخشى على نفسه الوقوع في الخطيئة ولكنه يخشى أن يسيء إلى زوجته،

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب –٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

وقد احتج فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص ذلك بقوله تعالى (وإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا) ـ سورة النساء ـ الآية (٣)، وقوله تعالى (وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) ـ سورة النور ـ الآية (٣٢)، كما احتجوا بقول النبي محمد (ص) (النكاح من سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني، وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة ومن كان ذا طول فلينكح ومن لم يجد فعليه بالصيام فإن الصوم له وجاءٌ). أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل فقد عَرف الزواج بموجب المادة (الثالثة/١) منه التي نصت على (الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل) مستنداً المشرع في ذلك إلى قوله تعالى (وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ) ـ سورة النحل ـ الآية ٧٢).

ثانياً: إن تعدد الزوجات موضوع هام وحساس وهذا النظام كان سائداً قبل ظهور الإسلام في شعوب كثيرة متحضرة وغير متحضرة وإن الإسلام لم ينشئ هذا النظام ولم يوجبه على المسلمين بل أبقى على التعدد ووضع له أسس تنظمه ولم يجعل من هذا النظام فرضاً لازماً على الرجل المسلم إذ لم توجب الشريعة الإسلامية على المرأة وأهلها القبول بالزواج من رجل له زوجة أو أكثر بل أعطت المرأة وأهلها الاختيار في القبول إذا وجدوا أن فيه منفعة ومصلحة أو الرفض إذا كان الأمر على العكس من ذلك. وشرع الإسلام الزواج على وجه يضمن مصلحة الزوجين ومصلحة من ينجبانه من الأولاد ومصلحة المجتمع وقرر للمرأة آدميتها وكيانها وراعى مشاعرها واعترف بحقها في قبول من يطلب يدها أو رفضه وأثبت حقها في الميراث وحدد مقداره وفق حالها من درجة القرابة من الميت وبين حقوقها على زوجها وحقوق زوجها عليها، وأوجب لها المهر فألغى بذلك نكاح الشغار وحدد مسؤوليات الأبوين تجاه أولادهم وسن نظام الفرقة

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب –٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

على وجه يكفل مصلحة الزوجين وحدد درجات القرابة بين الأقرباء وكيفية التكافل بينهم، وبخصوص جواز التعدد من عدمه في الشرائع السماوية فإن الديانة اليهودية كان تعدد الزوجات فيها مباحاً بالنسبة لليهود ولا يوجد نص يحرمه ويجوز لليهودي أن يتزوج من النساء ما طاب له بلا قيد أو شرط ولكن في العصور الوسطى وبسبب ما تلاقيه الجاليات اليهودية في أوروبا من اضطهاد بسبب تعدد الزوجات حرم ذلك بين اليهود، أما بالنسبة للديانة المسيحية فقد كان تعدد الزوجات معمولاً به في مطلع المسيحية تبعاً للتعدد الذي كان عليه في الديانة اليهودية وفي العصور المتأخرة اقتصر الزواج بواحدة فقط. وبالنسبة للشريعة الإسلامية فإن مشروعية تعدد الزوجات يستند الى النصوص القرآنية والى ما جاء بالسنة النبوية الشريفة وفيما يخص النصوص القرآنية قال تعالى (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاء مَثْنَى وثُلاثَ ورُبَاعَ فإن خفتُم أَلا تَعدلُوا فَواحدةً أَو مَا مَلكَت أَيمَانُكُم ذلكَ أَدنَى أَلا تَعُولُوا) ــ سورة النساء ــ الآية (٣)، واستناداً لذلك ذهب جمهور فقهاء المسلمين الى جواز الزواج من اثنتين وثلاث واربع وإن الآية آنفة الذكر من حيث المعنى نظير قوله تعالى (جَاعِلِ الْمَلَائِكَةِ رُسُلًا أُولِي أَجْنِحَةٍ مَّثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ) ــ سورة فاطر ــ الآية (١)، بحسب رأي الفقهاء وجيء بالـ (واو) دون (أو) في الآية لأن التخيير بـ (أو) يشعر بأنه لا يُجوّز إلا أحد الأعداد المذكورة دون غيره. وبالاستناد الى أحكام الآية (٣) من سورة النساء لا يجوز أن تكون تحت عصمة الرجل المسلم أكثر من أربع زوجات فإذا تزوج عليهن الخامسة يكون العقد فاسداً أما إذا طلق احدى زوجاته طلاقاً بائناً وانتظر حتى تنتهي عدتها فله التزوج من غيرها وبهذا أخذ الحنفية والحنابلة، أما المالكية والشافعية والشيعة الإمامية فهم يجيزون له الزواج من أخرى عقب الطلاق مباشرة إن كان بائناً. وحسب رأي جمهور المسلمين فإن إباحة التعدد حتى أربع مشروط بالعدل بين الزوجات ومن لم يكن متأكداً من قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته فإنه لا يجوز له أن يتزوج بأكثر من واحدة ولو تزوج وهو واثق من عدم قدرته على العدل فإن الزواج صحيح وهو آثم،

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب –٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

وإن العدل المشروط بموجب الآية آنفة الذكر هو العدل المادي في المسكن والمأكل والمشرب والملبس والمبيت وليس العدل المعنوي، واحتج فقهاء المسلمين في ذلك بقوله تعالى (وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا)، إذ إن العدل المقصود بهذه الآية هو العدل في الحب والميل القلبي بين النساء فهو غير مستطاع إلا إنه يجب على الزوج ألا ينصرف كلياً عن احدى زوجاته فيذرها كالمعلقة فلا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، وحسب رأي جمهور الفقهاء أن الله لا يؤاخذ الزوج على بعض الميل إلا إذا أفرط في الجفاء ومال كل الميل وإن القول بأن تعدد الزوجات مشروط بتحقيق العدل بينهن وهذا لا يمكن تحقيقه وفقاً لقوله تعالى (وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ)، فإن القول المذكور مردود حسب رأي الفقهاء، إذ ومن غير المعقول أن الله سبحانه وتعالى يبيح تعدد الزوجات ويعلقه على شرط مستحيل تحققه ولو أراد الله أن يمنع التعدد لمنعه مباشرةً بلفظ واحد لأن الله قادر على ذلك وهو العالم بأحوال عباده كما هو الحال بالنسبة لتحريم الجمع بين الأختين قال تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيماً) ـ سورة النساء ـ الآية (٢٣)، إذ إن آيات القرآن الكريم يفسر بعضها البعض وأحكامها تكمل بعضها البعض الآخر بما يؤدي الى تحقيق أفضل المصالح للعباد لذا فإن الحكم الوارد في الآية (٢٤) من سورة النساء مكمل للحكم الذي ورد في الآية آنفة الذكر قال تعالى (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيماً)، أما بالنسبة للسنة النبوية الشريفة فقد جاء في تفسير المنار (إن غيلان بن

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب –٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

سلمه الثقفي أنه عندما أسلم كانت تحت عصمته عشر نسوة فأمره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يختار منهن أربعاً ويفارق بقيتهن)، وجاء في سنن الترمذي ضمن باب التسوية بين الضرائر أن رسول الله (ص) قال (اذا كانت عند الرجل امرأتان ولم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه ساقط - وفي لفظ آخر - وشقه مائل)، وجاء في الجزء الرابع من تفسير الميزان للعلامة السيد محمد حسين الطباطبائي (إن الإسلام وضع بنية المجتمع الإنساني على أساس الحياة التعقلية دون الحياة الإحساسية، فالمتبع عنده هو الصلاح العقلي في السنن الاجتماعية دون ما تهواه الإحساسات وتنجذب اليه العواطف وليس في ذلك إماتة العواطف والإحساسات الرقيقة وإبطال حكم المواهب الإلهية والغرائز الطبيعية فإن من المسلم في الأيمان النفسية أن الصفات الروحية والعواطف والإحساسات الباطنة تختلف كماً وكيفاً باختلاف التربية والعادة كما أن كثيراً من الآداب والعلوم الممدوحة عند الشرقيين مثلاً مذمومة عند الغربيين وبالعكس وكل أمة تختلف مع غيرها في بعضها، والتربية الدينية في الإسلام تقيم المرأة الإسلامية مقاماً لا تتألم بأمثال ذلك عواطفها)، ولقد وضع فقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم أحكاماً مفصلة بخصوص تعدد الزوجات بكل تفاصيلها بما لا يمكن معه اعتبار هذه المسألة من الأمور الدنيوية بل هي من صميم الأحكام التشريعية الدينية المستمدة من القرآن والسنة، ففي المذهب الحنفي نجد في المبسوط للسرخسي كتاب النكاح وقد أبداه بأنه (لا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة بالنكاح)، أما الفقه المالكي نجد في بداية المجتهد لابن رشد استعراضاً لكل الآراء في مسألة التعدد حيث قال ابن رشد: واتفق المسلمون على جواز النكاح بأربعة من النساء، وبالنسبة للفقه الشافعي تناول الأمام الشافعي في كتابه الأم ما يحرم الجمع بينه وما يحل الجمع بينه بما يؤيد أن المسألة تتناولها الأحكام الشرعية وليس للأهواء الشخصية أو الدنيوية، أما الفقه الحنبلي فقد تناول ابن قدامة في كتابه المغني مسائل التعدد، وبالنسبة للشيعة الإمامية فقد استدل على حكم تعدد الزوجات هو الشيخ الطوسي في القرن الخامس الهجري حيث اكتفى الفقهاء قبله بالإفتاء بجوازه بدون استدلال، وأضاف العلامة الحلي بعد

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب -٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

الشيخ الطوسي بالإضافة للأجماع والسنة دليلاً آخر وهو الاستدلال بالآية الثالثة من سورة النساء (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ) ويستنتج من كل ذلك إن الشريعة الإسلامية أجازت تعدد الزوجات ولكنها وضعت قيوداً على ذلك الجواز، القيد الأول وجوب العدل بين الزوجات وتقدير تحقق ذلك من عدمه يعود إلى الزوج لأن الخطاب في قوله تعالى (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا) موجهاً إلى الأزواج، أما القيد الثاني عدم شرعية الزواج بما يزيد على أربع نساء، وإن الشريعة الإسلامية أجازت تعدد الزوجات وفقاً للقيود المذكورة آنفاً لتواكب ظروف الحياة المتغيرة المتمثلة بالمرض أو عقم النساء وعدم الإنجاب أو الميل والهوى والخشية من الوقوع في الحرام وزيادة عدد النساء على الرجال لأسباب مختلفة وإزاء ذلك لا بد من إيجاد حلول مباشرة. ولما تقدم فإن ما جاء في المادة (١٨) من القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ الصادر من برلمان إقليم كردستان والتي نصت على ((يوقف العمل بالفقرة (٥) من المادة الأربعين من القانون ويحل محلها ما يلي: إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية يحق للزوجة الأولى طلب التفريق)) وبموجب هذا النص فإن للزوجة الحق في طلب التفريق بمجرد قيام زوجها بالزواج من زوجة أخرى سواء أكان ذلك بإذن أو بدون إذن وسواء كان ذلك الزواج قد أصابها بالضرر من عدمه، فمجرد ثبوت ذلك الزواج يكون القاضي ملزماً بالحكم بالتفريق، أي أن النص المذكور جعل من الزواج بزوجة أخرى سبب كافياً لإلزام القاضي بإيقاع التفريق بين الزوجين بناء على طلب الزوجة، وحيث إن ذلك يمثل منع لجواز شرعي من قبل الله سبحانه وتعالى للعباد مما يجعل النص المذكور آنفاً مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية وحيث إن المادة (٢/أ) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نصت على (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام) لذا يكون نص المادة (١٨) المذكورة آنفاً يتعارض مع أحكام النص الدستوري أعلاه مما يقتضي الحكم بعدم دستوريته.

ثالثاً: إن قضاء هذه المحكمة وسواء أكان متعلقاً بالعيوب الشكلية أو المطاعن الموضوعية إنما يحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالنسبة للدولة بكامل سلطاتها وعلى امتداد تنظيماتها

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب –٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

المختلفة وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيها أو السعي لنقضها من خلال إعادة طرحها على هذه المحكمة لمراجعتها ذلك أن الخصومة في الدعوى الدستورية ـ وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية ـ قوامها مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحرياً لبيان تطابقها معها إعلاءً للشريعة الدستورية ومن ثم لا يعتبر قضاء الحكم باستيفاء النص التشريعي المطعون فيه لأوضاعه الشكلية أو انحرافه عنها أو اتفاقه مع الأحكام الموضوعية في الدستور أو مروقه منها منصرفاً الى من كان طرفاً في الخصومة الدستورية دون سواه بل منسحباً إليه والى الأغيار كافة ومتعدياً الى الدولة التي ألزمها الدستور في المادة (٩٤) منه وجعل من علو الدستور وانعقاد السيادة لأحكامه قاعدة لنظامها القانوني ومحوراً لبناء أساس الحكم فيها على ما تقضي به المادة (١٣) من الدستور بفقرتيها، الأولى التي اعتبر بموجبها الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق ويكون ملزماً في أنحائه كافة وبدون استثناء والثانية التي أوجبت عدم سن قانون يتعارض مع الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه. وحيث إن هذه المحكمة تستمد صلاحياتها من الدستور مباشرةً في مجال الرقابة الدستورية ومرجعها الى أحكامه وهو القانون الأعلى وكلمتها في شأن دلالة النصوص التي يتضمنها الدستور بين دفتيه هي القول الفصل وضوابطها في التأهيل ومناهجها في التفسير هي مدخلها الى معايير منضبطة تحقق لأحكام الدستور وحدتها العضوية وتكفل الانحياز لقيم الجماعة في مختلف مراحل تطورها. وليس التزامها بإنفاذ الأبعاد الكاملة للشرعية الدستورية إلا إرساءً لحكم القانون في مدارجه العليا وفاءً للأمانة التي حملها الدستور بها وعقد لها ناصية النصوص بتبعاتها وكان حتماً أن يكون التقييد بأحكامها مطلقاً سارياً على الدولة والناس أجمعين وعلى قدم من المساواة الكاملة وهو ما أثبتته المادة (٥/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا. وحيث إن الدستور خول المحكمة الاتحادية العليا تفسير النصوص القانونية عندما تنظر في مدى دستورية ذلك النص القانوني تفسيراً كاشفاً عن إرادة المشرع التي صاغ على ضوئها هذه النصوص مشكلاً مضمونها، نائياً عن

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب -٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

تحوير هذه الإرادة أو توهمها أو انتماءها مستلزماً حقيقة أبعادها ومقاصدها فلا تفسر تلك النصوص بما ينال من مضمونها الحق أو يخرجها عن أهدافها بل تحمل على تلك الإرادة لضمان أن تكون معبرة مبلورة لها وإن كان تطبيقها قد باعد بينها وبين ما توخاه المشرع منها. وحيث إن إعمال المحكمة الاتحادية العليا لسلطتها هذه يقتضيها على ضوء ما تقدم ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع أو تنحيها بل عليها أن تستظهرها وقوفاً عليها، والتزاماً بها وألا تخوض بعدئذ فيما يجاوز تحريها لنطاقها، مع الاستهداء في ذلك بالتطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها وما لابسها من الأعمال التحضيرية الممهدة لها، سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها أو عاصرتها، باعتبار أن ذلك كله مما يعينها على استخلاص مقاصد المشرع أي أن تكون الغاية من التفسير عكس حقيقتها ذلك أن الأصل في النصوص التشريعية، هو ألا تفسر عباراتها بما يمسخها أو ينتزعها من سياقها، أو يفصلها عن موضوعها، أو يشوهها، أو يردها الى غير مقاصدها التواءً بأهدافها، على تقدير أن المعاني التي تدل عليها النصوص ـ والتي لا يجوز تحريفها ـ هي التي تفصح عن حقيقة محتواها، إذ إن الغاية من التفسير الدستوري في مثل هذه الحالة هو الوصول الى الفصل في دستوريتها استناداً الى أحكام المادة (٩٣/ أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥. وفي مثل هذه الحالة يجب استجلاء إرادة المشرع من خلال استخلاص ذلك عن طريق التفسير الدستوري الذي تقوم به المحكمة الاتحادية العليا، وعلى أساس ذلك فإن النصوص القانونية إنما ترد دوماً الى إرادة المشرع وتحمل عليها حملاً، سواء كان المشرع حين صاغها مجانباً الحق أو منصفاً، من أجل الوقوف على مضمونها الحقيقي، إن كان متلائماً مع أحكام الدستور أم كان منافياً لها. لذلك فإن التفسير من قبل المحكمة الاتحادية العليا للنص القانوني المطعون بدستوريته يجب أن يكون متضمناً أو مستنهضاً الفصل في دستوريته لتقرير ملائمته للدستور من عدمه، وإن المحكمة تلجأ الى ذلك لتقرر من خلال التفسير سواء في الأسس التي تبوء عليها النص القانوني أو الأغراض التي يتوخاها لكي تفصل من خلال كل ذلك بدستوريته من عدمها.

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب –٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

وبالرجوع إلى أحكام المادة (٩٣/أولاً) من دستور جمهورية العراق والمادة (٤/أولاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ فإن البَيّن من المادتين المذكورتين آنفاً أنهما تخولان المحكمة الحكم بعدم دستورية نص قانوني وفقاً لما جاء في المادة (١٨) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ وذلك عندما يتصل الطعن بعدم دستوريته بنزاع معروض على القضاء لا زال قائماً ويتوقف الفصل به على نتيجة الطعن بدستورية النص أمام المحكمة الاتحادية العليا، ويجب أن تكون نتيجة الطعن بدستورية النص القانوني مؤثرة في المحصلة النهائية لتلك الخصومة القضائية أياً كان موضوعها أو أطرافها إذ إن الخصومة القضائية تعكس بذاتها حدة التناقض بين مصالح أطرافها ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضماناتها وعن طريق القضاء وباعتبارها في صورتها الأعم أداة لتقرير الحق الموضوعي محل الحماية القضائية من خلال الأعمال التي تكونها ولا تقوم الخصومة القضائية لتأمين مصالح مجردة بل توجهها المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن غايتها اجتباء تلك المنفعة التي يقرها القانون والتي تعكسها الترضية القضائية التي يطلبها المدعي أو يتوقعها، وإن هذه المحكمة عند تفسير النص القانوني المطعون بدستوريته يجب أن لا يكون ذلك التفسير تحريفاً للنصوص القانونية عن معناها أو إفساداً لمقاصدها وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتبار مسألة أولية يقتضيها الفصل في خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير الحقوق. لذا وحيث إن دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وضع قيداً جوهرياً على اختصاص السلطة التشريعية عند ممارستها لاختصاصها بتشريع القوانين وهو عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام بعد أن قرر إن الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع استناداً الى أحكام المادة (٢/أولاً) من الدستور، وبناءً على ما ذكر آنفاً نجد أن الدستور أقر ثلاثة مبادئ وهي اعتبار الإسلام دين الدولة الرسمي واعتبار الإسلام مصدراً أساسياً للتشريع وعدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام واستناداً الى أحكام (١٣/ثانياً) من الدستور والتي أوجبت عدم جواز سن

الرئيس
جاسم محمد عبود

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب –٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566

قانون يتعارض مع الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه، وإن ذلك يشمل القوانين سواء كانت مشرعة قبل نفاذ الدستور أم بعده.

عليه ولما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا ما يلي:

الحكم بعدم دستورية المادة الثامنة عشر من قانون رقم ((١٥ لسنة ٢٠٠٨ ـ قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كوردستان العراق ـ الصادر عن المجلس الوطني لكوردستان – العراق (البرلمان حالياً)). اعتباراً من تاريخ إصدار هذا القرار استناداً الى أحكام المادة (٣٧/ أولاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ التي نصت على (يسري أثر الحكم الصادر من المحكمة في غير النصوص الجزائية من تاريخ صدوره، إلا إذا نص الحكم على خلاف ذلك.)

وصدر بالأكثرية حكماً باتاً وملزماً للسلطات كافة استناداً الى أحكام المادتين (٩٣/ أولاً و ٩٤) من الدستور والمادتين (٤/ أولاً و ٥/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١، وحرر في الجلسة المؤرخة ٥/جمادي الأولى/١٤٤٤ هجرية الموافق ٢٠٢٢/١١/٣٠ ميلادية.

القاضي
جاسم محمد عبود
رئيس المحكمة الاتحادية العليا

المحكمة الاتحادية العليا . العراق . بغداد . حي الحارثية . موقع ساعة بغداد
هاتف – ٠٠٩٦٤٧٧٠٦٧٧٠٤١٩
البريد الالكتروني
ص . ب -٥٥٥٦٦

Federal Supreme Court - Iraq- Baghdad
Tel -009647706770419
E-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com
PO.BOX: 55566